

24.12.18

## חוות דעת משפטית

הח"מ ד"ר תיאודור שוורצברג, עורך דין ונוטריון, מס' רישיון 07590, נותן בזה חוות דעת משפטית היום ב-24.12.2018. אני נותן חוות דעת זו במקום עדות בפני בית המשפט, אני מצהיר בזאת כי ידוע לי היטב את הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה בפני בית המשפט, דין חוות דעת זו כשהיא חתומה על ידי כדין עדות בשבועה שנתתי בבית המשפט, חוות הדעת ניתנת על פי בקשתו של עו"ד דקל-דוד עוזר.

### א. ואלה פרטי השכלתי:

1. למדתי משפטים בפקולטה באוניברסיטה של אורוגואי, לאחר 7 שנות לימודים קיבלתי את התואר "דוקטור למשפטים" ב-1969.
2. בשנת 1975 קיבלתי רישיון בלשכת עורכי הדין בישראל, רישיון מס' 07590.

### ב. ואלה ניסיוני:

3. אני עוסק בין היתר במעמד אישי, עקב מוצאי אני בקשר מתמיד עם מדינות דרום אמריקניות.
4. במשך 8 שנים עד 2008, כיהנתי בלשכת עורכי דין בישראל כיושב ראש של הועדה לקשרי חוץ עם המדינות דוברות ספרדית, ספרד ומדינות דרום אמריקה. מתוקף תפקידי היה לי, ויש לי היום, גישה לחקיקה ולפסקי דין של אותם מדינות.
5. אני מטפל וטיפולתי בעשרות אזרחים קולומביאנים ובשל כך למדתי ואני מכיר את החוק של קולומביה.
6. כתבתי חוות דעת לגבי הדין הקולומביאני בתחומים שונים במהלך השנים בהתאם לבקשתם של עורכי הדין השונים.
7. בישראל אני בעל משרד פרטי, אני עוסק באינטנסיביות בעריכת דין. משרדי ברח' ז'בוטינסקי 129 רמת גן, טל': 03-6208748 פקס': 03-6344034.

## ג. השאלה המתבקשת הינה

מה קובע הדין הקולומביאני בעניין שימוש וצריכה בקנביס.

### הרקע ההיסטורי

8. רבבות קולומביאנים נהרגו במלחמה נגד הסמים של ממשלות קולומביה, כאשר ארצות הברית תמכה במאבק זה באופן ברור וגלוי.
9. פבלו אסקובר, ראש קרטל הסמים במדלים שנהרג ע"י כוחות הצבא הקולומביאני לפני כ-15 שנה היה האדם המפורסם ביותר בגידול והברחה של המריחואנה לפני שעסק בגידול של אופיום ושיווק הקוקאין. לא רק אסקובר, אלא קרטלים של סמים אחרים כגון הקרטל בקלי עסקו בסחר בסמים, כולל המריחואנה.
10. הסחר בסמים היווה בעיה לאומית ובינלאומית בקולומביה, בצורה שלא נראתה בשום מדינה בעולם. גם היום, קולומביה היא היצרנית הגדולה בתחום הסמים. סוכנות הפיקוח על הסמים של ארצות הברית (DEA) הכריזה שבשנת 2017 92% מהקוקאין שנתפס בארצות הברית מקורו בקולומביה.

### צריכה אישית של קנביס אינה מהווה עבירה פלילית

11. החל משנת 1994 קבע בית המשפט לחוקה של קולומביה, בנוגע לפרשנות סעיף 51 לחוק 30 מ-1986, שאדם הנושא עד 20 גרם של מריחואנה, 5 גרם של חשיש וגרם אחד של קוקאין לא יישא באחריות פלילית (C-221 מ-1994) (להלן: "התיק" או "המקרה").
12. ב-1994 אזרח קולומביאני בשם אלכסנדר ששוסנדמנדאו ביקש מבית המשפט העליון בקולומביה לבטל שני סעיפים של חוק מס' 30 מ-1986 (להלן: "החוק"):
- א. סעיף 2 לחוק המתיר את השימוש במריחואנה עד 20 גרם בלבד.
- ב. סעיף 51 לחוק שקובע ששימוש בסם או מריחואנה בכמות לשימוש אישי יגרום למאסר למשך 30 יום בפעם הראשונה, ובפעם השנייה בין 30 יום לשנה. אולם, אם מגיעים למסקנה שבן האדם הינו מכור לסמים- אזי אם מדובר בפעם הראשונה יאושפז במוסד פסיכיאטרי עד שיבריא. במקרה זה לא יהיה עונש מאסר או קנס.
13. הנימוק העיקרי של העותר היה ששני הסעיפים של החוק מפירים את סעיף 366 לחוקה הקולומביאנית, משום שהמדינה לא יכולה להבטיח שטיפול פסיכיאטרי ירפא את המכור לסמים, מכיוון שלא קיימת תרופה מרפאת, על כן לא יכולה המדינה להגביל את השימוש בתרופה שיכולה לעזור לאדם להקל על כאבו. הסמים גורמים לאדם להיות מכור אבל הם גם משמשים כתרופה כנגד הכאבים של מחלות שונות.

14. המדינה התנגדה לעתירה מהנימוקים הבאים:

א. לגבי הסעיף 2 לחוק- הסעיף לא מפר את סעיף 366 לחוקה משום הצרכים של המכורים לסמים לא נפתרים עם שימוש בסמים, אלא עם אמצעים חינוכיים וטיפול מונע שמטרתם למנוע שימוש חוזר בסם.

ב. לגבי הסעיף 51 לחוק- טענה המדינה כי סעיף זה אינו מפר את הסעיף 5 לחוקה משום שלאזרח הקולומביאני זכות לבריאות, אך לא קיימת זכות למחלה.

15. בית המשפט העליון קיבל את העתירה וביטל את סעיפים 2 ו-51 לחוק בשל הנימוקים

הבאים:

א. אין להעניש בן אדם בשל מעשה שבעתיד עלול להיעשות אלא בשל מעשה שעשה בעבר. להיות מכור לסמים אינו בגדר עבירה פלילית. התנהגותו של אינדיבידואל הינה בחירתו האישית, ורק אם מכור לסמים מבצע פשע, רק אז ניתן להענישו. ממש כפי שאם פירומן גורם לשריפה מענישים אותו, ואם קלפטומן גונב- רק אז מוענש.

ב. המדינה אינה יכולה להכתיב לאזרח התנהגות מסוימת. כל אדם חופשי לעשות כראות עיניו.

ג. המדינה יכולה לשאוף כי האזרחים יגנו על בריאותם, אך אינה יכולה לחייב אותם לעשות כן, ובעיקר אינה יכולה להענישם בשל חוסר ההגנה על בריאותם.

## **גידול עד 20 שתילי מריחואנה אינו מהווה עבירה פלילית**

כמו כן בית המשפט העליון של קולומביה פסק בשני פסקי דין (תיק 33.409 ותיק 44.891), שאפילו אם אדם נושא מעל 20 גרם מריחואנה, בכמות שברור שמדובר בצריכה עצמית בלבד- הוא לא יישא באחריות פלילית.

16. גם אם המשטרה תופסת עד 20 שתילים של מריחואנה במקום השייך לבן אדם, אדם זה לא יישא באחריות פלילית.

17. בינואר 2013 נעצר אדם שהחזיק שתיל מריחואנה חתוך שמשקלו היה 124.1 גרם. הפרקליטות הגישה כתב אישום על בסיס עבירה פלילית בהתאם לסעיפים 375 ו-376 לקודקס הפלילי.

18. סעיף 375 קובע כי "זוהי עבירה לגדל, לשמור, או לממן, ללא אישור של הרשות המוסמכת, שתילי מריחואנה או שתיל אחר שממנו ניתן לייצר קוקאין, מורפיום, הרואין, או כל סם אחר שיוצר תלות, קילו גרעינים או יותר של אותם השתילים".

19. סעיף 376 קובע כי "זוהי עבירה לסחור, לייצר, לשאת סמים, להכניסם לארץ או להוציאם, להוביל, לשאת, לאחסן, לשמור, לייצר, למכור, להציע, לרכוש, לממן או לספק בכל דרך, מבלי לקבל אישור מהרשות המוסמכת, סם שגורם לתלות".
20. בית המשפט לערכאה הראשונה מצא את הנאשם זכאי, אבל בית המשפט לערכאת הערעור הרשיע את הנאשם ל- 64 חודשי מאסר במרץ 2014.
21. הנאשם ערער, וביוני 2015 בית המשפט העליון של קולומביה (תיק 44.891) נתן את פסק דינו. בית המשפט העליון ביטל את ההרשעה והורה לשחרר את המערער. בית המשפט העליון נימק את פסק דינו על כך שבהתאם לתקנות הלאומיות לסמים מ-1986, סעיף 2, חייבים להיות יותר מ-20 שתילים שמהם יהיה ניתן לייצר סמים שגורמים לתלות, כלומר סם שפועל במערכת העצבים המרכזית וגורם לתלות. מדובר גם בשתילים שהוצאו מהאדמה. על כן, קבע בית המשפט העליון של קולומביה שהנאשם לא עבר עבירה בהתאם לסעיפים 375 ו-376 לחוק הפלילי מאחר היו ברשותו פחות מ-20 שתילים.

### הזכות לצריכת קנביס לצרכי רפואה

22. בשנת 2009 התחיל השינוי לגבי שימוש וצריכה של קנביס לצרכי רפואה. בהחלטת חוק 02 משנת 2009 נקבע בפעם הראשונה שצריכת הסמים אסורה, אלא אם קיים אישור רפואי.
23. חואן מנואל סנטוס שהיה נשיא קולומביה עד לפני מספר חודשים, ניסה לפתור את בעיית הסמים בדרכים חדשות. הדבר הראשון שעשה היה להפריד בין המריחואנה או הקנביס, לבין סמים כגון ההרואין, ובאופן ספציפי גידול ושימוש הקנביס לצרכים רפואיים.
24. בדצמבר 2015 הנשיא סנטוס החליט להפוך את המריחואנה לחוקית למטרות רפואיות ומדעיות. אבל הנשיא סנטוס לא הסתפק במתן ההחלטה, שניתנת לביטול ע"י נשיא אחר. על כן יזם הצעת חוק שאושר ע"י הקונגרס של קולומביה, חוק מס' 1787 ב-2016, חוק שמסדיר זריעה, גידול, שיווק, סחר, הובלה, יבוא, יצוא של צמח הקנביס וגרעיניו תוך כדי פיקוח ממשלתי, אך ורק למטרות רפואיות ומדעיות.
25. ב- 10 באפריל 2017 חוקקו תקנות מס' 631 שבאות להסדיר את היצוא, יבוא, זריעה, גידול, הפקה, יצור, רכישה, אחסון, הובלה, סחר, שיווק, ושימוש בגרעיני הקנביס לצרכים רפואיים ומדעים.
26. מאוגוסט 2017 ועד היום 150 חקלאים קיבלו אישור ממשרד הבריאות של קולומביה לגידול קנביס לצרכי רפואה.

### הנני קובע את חוות דעתי כדלקמן:

27. החל משנת 1994 נקבע כי אדם שנקבע שהינו אשם בשימוש אישי של 20 גרם של מריחואנה- לא יישא באחריות פלילית. מאוחר יותר קביעה זו הורחבה לכמות שברור שהינה כמות לצריכה אישית, .
28. משנת 2009 מותר שימוש וצריכה של קנביס באישור רפואי.
29. ב-2015 בית המשפט העליון קבע שמותר לגדל מטה של שתילים עד 20 שתילים
30. חוק 1787 משנת 2016 מסמיך את הממשלה להסדיר את כל הקשור בגידול ושימוש בקנביס.
31. בתקנה מס' 631 הממשלה הסדירה את גידולו ושימוש של הקנביס לצרכים רפואיים או מדעיים בלבד.
32. שימוש וצריכה של קנביס שלא למטרות רפואיות או מדעיות עדיין אסור בקולומביה, אולם נשיאה עד 20 גרם של מריחואנה ואפילו קצת יותר, או גידול עד 20 שתילים של מריחואנה אינו מהווה עבירה פלילית.

ד"ר תיאודור שורצברג, עו"ד